Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-2686/2008

Urteil vom 5. Mai 2011

Besetzung

Richter Stephan Breitenmoser (Vorsitz),
Hans Urech und Francesco Brentani;
Gerichtsschreiberin Katharina Walder Salamin.

Parteien

R._____ AG,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,
Arbeitsmarkt / Arbeitslosenversicherung,
Effingerstrasse 31, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Rückforderung Schlechtwetterentschädigung.

Sachverhalt:

A.
Die Beschwerdeführerin war zuerst als GmbH und ist seit ihrer Umwandlung in eine Aktiengesellschaft als AG im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Das Aktienkapital beträgt Fr. 500'000.-- und der Sitz der Gesellschaft liegt in H._____. Der eingetragene Gesellschaftszweck besteht im Betrieb eines Gipsergeschäfts, der Erstellung und Verwaltung von Liegenschaften sowie der Durchführung von Umbauten, Renovationen und Malerarbeiten. Einziges Mitglied des Verwaltungsrats ist R._____. Als weitere Zeichnungsberechtigte sind seit dem 11. Oktober 2007 mit Einzelunterschrift A._____, Ehegattin von R._____, und mit Kollektivunterschrift zu zweien B._____ sowie mit Einzelprokura C._____, Tochter von R._____ und A._____, im Handelsregister eingetragen. Revisionsstelle ist die W._____.

A.a Die Beschwerdeführerin machte für die Monate Januar und Februar 2003, Januar, Februar, März und Dezember 2005 sowie Januar und Februar 2006 wetterbedingte Arbeitsausfälle geltend und reichte dafür beim Amt für Arbeit des Kantons St. Gallen sowie beim Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich die von der Arbeitslosenversicherung zur Verfügung gestellten Rapportformulare über die wetterbedingten Ausfallstunden pro Arbeitsstelle (Baustelle) ein. Die Arbeitsämter der Kantone St. Gallen und Zürich hiessen die Gesuche der Beschwerdeführerin gut und wiesen die Arbeitslosenkassen 60729 Unia Winterthur und 60060 GBI Winterthur an, der Beschwerdeführerin die geltend gemachten Schlechtwetterentschädigungen auszurichten.

A.b Am 3. Juli 2007 überprüfte das Inspektorat der Arbeitslosenversicherung im SECO die der Beschwerdeführerin zwischen Januar 2003 und Februar 2006 ausbezahlten Schlechtwetterentschädigungen. Dafür führte es im Betrieb der Beschwerdeführerin eine Kontrolle der Monatsrapporte, Unfallscheine, SUVA-Taggeldabrechnungen und Arztzeugnisse durch.

B.
Mit Revisionsverfügung vom 27. September 2007 stellte die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführerin von Januar 2003 bis Februar 2006 unrechtmässig Schlechtwetterentschädigungen im Gesamtbetrag von Fr. 863'473.55 bezogen habe. Sie verfügte deren Rückzahlung binnen 30 Tage und verwies für Einzelheiten zum Kontrollergebnis auf die Begründung der Verfügung und deren Beilagen 1-17.

B.a Gegen diese Revisionsverfügung erhob die Beschwerdeführerin am 30. Oktober 2007 Einsprache und beantragte, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es sei im Sinne der Begründung neu zu verfügen. Zudem stellte sie ergänzende Beweise in Aussicht.

B.b Am 29. November 2007 setzte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine Frist bis zum 28. Dezember 2007 zur Ergänzung ihrer Einsprache und zur Einreichung der in Aussicht gestellten Beweisunterlagen. Widrigenfalls drohte sie ihr das Nichteintreten auf die Einsprache an.

B.c Mit Einspracheergänzung vom 11. Dezember 2007 reichte die Beschwerdeführerin der Vorinstanz die Rapporte der Monate Januar und Februar 2003, Januar, Februar, März und Dezember 2005 sowie Januar und Februar 2006 ein. Damit wollte sie nachweisen, wann welche Arbeitnehmer aus welchem Grund gefehlt hätten. Daneben verlangte sie den Ausstand der mit der Angelegenheit befassten Mitarbeiter sowie die umfassende Einsicht in alle Akten.

B.d Am 27. Dezember 2007 gewährte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin Akteneinsicht und setzte ihr gleichzeitig eine Frist bis zum 25. Januar 2008 zur Ergänzung ihrer Einsprache an.

B.e Mit Einspracheentscheid vom 3. März 2008 zur Revisionsverfügung AGK-2007-59 wies die Vorinstanz die Einsprache der Beschwerdeführerin ab. Sie begründete ihren Entscheid damit, dass die Darstellungen der Beschwerdeführerin keine neuen Erkenntnisse mit sich brächten.

C.
Mit Beschwerde vom 24. April 2008 focht die Beschwerdeführerin diesen Einspracheentscheid beim Bundesverwaltungsgericht an. Sie beantragt dessen Aufhebung, soweit die Rückforderung den Betrag von Fr. 5'684.35 überschreite. Eventualiter sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen.

C.a Zur Begründung bringt sie vor, die Vorinstanz habe den Sachverhalt pauschal und ohne Detailangaben zu den Beanstandungen der Abrechnungen geschildert, während sie auf die im Einspracheverfahren vorgebrachte Sachdarstellung der Beschwerdeführerin zu wenig eingegangen sei. Als Beweismittel für die Abläufe würden als Zeugen alle aufgeführten Mitarbeiter sowie eine Expertise angeboten. Da sich die

Vorinstanz zu den detaillierten Positionen "Mitarbeiter um Mitarbeiter" nicht geäussert habe, sei ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen. Mit der Weigerung der Vorinstanz, eine Besprechung durchzuführen, sei zudem das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt worden.

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 26. Mai 2008 die Abweisung der Beschwerde. Zum Vorwurf der mangelnden Sachverhaltsabklärung macht sie geltend, in der Revisionsverfügung vom 27. September 2007 werde festgehalten, aufgrund welcher Unterlagen der Sachverhalt festgestellt worden sei. Es handle sich dabei um Monatsrapporte, Unfallscheine UVG, Taggeldabrechnungen der SUVA, Arztzeugnisse und Absenzenmeldungen. Aus diesen Unterlagen sei ersichtlich, dass an Tagen, an denen wetterbedingte Ausfälle geltend gemacht worden seien, die Angestellten gearbeitet, Ferien bezogen, eine Schule oder einen Kurs besucht oder frei genommen hätten bzw. krankheits- oder unfallbedingt arbeitsunfähig gewesen seien. Diese Ausfallstunden gingen aus den Beilagen, welche Bestandteil der Revisionsverfügung seien und auf welche in der Verfügung explizit hingewiesen werde, hervor. Aus diesen Verfügungsbeilagen ergäben sich die Detailangaben, welche zur Beanstandung der geltend gemachten Ausfallstunden geführt hätten. Mit den von der Beschwerdeführerin aufgelisteten Abweichungen sei in keiner Weise widerlegt, dass an diesen Tagen aus wetterbedingten Gründen nicht gearbeitet worden sei. Bei diesen Abweichungen handle es sich vielmehr um Abwesenheiten zufolge Krankheit, Unfalls, Ferien oder Weiterbildung. Inwiefern das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt worden sei, sei nicht erkennbar, vielmehr sei der Beschwerdeführerin eine zusätzliche Frist zur Akteneinsicht und Ergänzung ihrer Einsprache gewährt worden. Abschliessend sei darauf hinzuweisen, dass alle Beanstandungen erst nach der betrieblichen Kontrolle bei der Beschwerdeführerin erfolgt seien. Mit diesen nachträglich erstellten Listen vermöge die Beschwerdeführerin aber die in der Revisionsverfügung festgestellten Unrechtmässigkeiten in keiner Weise zu widerlegen.

C.b Am 18. August 2008 reichte die Beschwerdeführerin eine Replik ein, in welcher sie an ihren Anträgen festhält.

C.c Mit Schreiben vom 2. September 2008 verzichtete die Vorinstanz auf das Einreichen einer Duplik.

C.d Das Bundesverwaltungsgericht schloss den Schriftenwechsel am 9. September 2008 ab.

D.
Am 10. und 22. September 2008 liess die Staatsanwaltschaft Zürich dem Bundesverwaltungsgericht auf dessen Ersuchen vom 2. September 2008 hin Auszüge aus den polizeilichen Befragungen und Einvernahmen der Staatsanwaltschaft zum Tatverdacht des gewerbsmässigen Betrugs zu Lasten der Invalidenversicherung und der Arbeitslosenversicherung zukommen. Daraufhin sistierte das Bundesverwaltungsgericht mit Verfügung vom 23. September 2008 das Beschwerdeverfahren und forderte die Beschwerdeführerin gleichzeitig auf, ein allfälliges Strafurteil umgehend einzureichen bzw. das Bundesverwaltungsgericht über das strafrechtliche Verfahren zu informieren.

D.a Am 7. Juli 2009 forderte die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat beim Bundesverwaltungsgericht ein Aktenverzeichnis an, welches ihr am 9. Juli zugestellt wurde. Am 14. August 2009 forderte die Staatsanwaltschaft Zürich sieben Beilagen zu der Vernehmlassung des SECO vom 26. Mai 2008 ein, welche ihr am 18. August 2009 ebenfalls zugestellt wurden.

D.b Auf telefonisches Nachfragen des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Oktober 2010 hin teilte die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich, Abteilung organisierte Kriminalität (OK), mit, die Untersuchung sei von der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat an sie abgetreten worden. Die Strafuntersuchung sei noch nicht abgeschlossen und werde voraussichtlich noch länger als erwartet dauern.

D.c Mit Verfügung vom 16. November 2010 hob das Bundesverwaltungsgericht die Sistierung wegen laufender Verjährungsfristen auf und stellte der Beschwerdeführerin die Einvernahmeprotokolle der Staatsanwaltschaft und der Kantonspolizei des Kantons Zürich vom 20. und 21. August 2008 sowie vom 1., 8., 15. und 18. September 2008 zur schriftlichen Stellungnahme bis zum 3. Dezember 2010 zu.

D.d Am 23. November 2010 teilte der frühere Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin mit, dass er die Beschwerdeführerin nicht mehr vertrete.

D.e Mit Verfügung vom 24. November 2010 stellte das Bundesverwaltungsgericht die Einvernahmeprotokolle direkt der

Beschwerdeführerin zu und verlängerte die Frist zur Stellungnahme bis zum 10. Dezember 2010. Diese liess sich nicht verlauten.

Mit Schreiben vom 22. Februar 2011 und 23. März 2011 wandte sich das Bundesverwaltungsgericht an die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich mit der Aufforderung, es über den Verfahrensstand zu orientieren und ihm rechts- und amtshilfeweise weitere Akten zuzustellen. Diese reagierte jedoch nicht auf die Aufforderungen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
In Anwendung von Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), welche von einer Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG erlassen worden sind.

1.1. Beim SECO handelt es sich um eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts gemäss Art. 33 Bst. d VGG. Der angefochtene Einspracheentscheid ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VwVG. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Behandlung der Beschwerde zuständig. Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.2. Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin erfüllt diese Voraussetzungen. Die Beschwerde wurde form- und fristgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Damit ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.
Die Beschwerdeführerin rügt in ihrer Beschwerde, die Vorinstanz habe die im Januar und Februar 2003, im Januar, Februar, März und Dezember 2005 sowie im Januar und Februar 2006 ausgerichtete Schlechtwetterentschädigung zu Unrecht zurückgefordert.

2.1. Gemäss Art. 1a Bst. c und Art. 42–50 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 25. Juni 1982 (AVIG; SR 837.0) haben Arbeitnehmer in Erwerbszweigen, in denen wetterbedingte Arbeitsausfälle üblich sind, Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben und einen anrechenbaren Arbeitsausfall gemäss Art. 43 AVIG erleiden. Keinen Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung haben diejenigen Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitsausfall nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a i. V. m. Art. 42 Abs. 3 AVIG). Der Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er ausschliesslich durch das Wetter verursacht sowie vom Arbeitgeber ordnungsgemäss gemeldet wird und die Fortführung der Arbeiten trotz genügender Schutzvorkehrungen technisch unmöglich oder wirtschaftlich unvertretbar ist oder den Arbeitnehmern nicht zugemutet werden kann (Art. 43 Abs. 1 Bst. a-c AVIG). Es werden nur ganze oder halbe Tage angerechnet. Vom anrechenbaren Arbeitsausfall wird für jede Abrechnungsperiode eine vom Bundesrat festgelegte Karenzzeit von höchstens drei Tagen abgezogen. Als Abrechnungsperiode gilt ein Zeitraum von einem Monat oder von vier zusammenhängenden Wochen (Art. 43 Abs. 2-4 AVIG).

2.2. Gestützt auf Art. 45 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 69 Abs. 1 der Arbeitslosenverordnung vom 31. August 1983 (AVIV; SR 837.02) hat der Arbeitgeber den wetterbedingten Arbeitsausfall spätestens am fünften Tag des folgenden Kalendermonats auf dem Formular des SECO der kantonalen Amtsstelle zu melden. Die kantonale Amtsstelle bestimmt durch Verfügung die Tage, für welche Schlechtwetterentschädigung ausgerichtet werden kann (Art. 69 Abs. 3 AVIV). Bei wetterbedingten Arbeitsausfällen wird keine Stempelkontrolle durchgeführt, soweit die kantonale Amtsstelle nichts anderes verordnet (Art. 72 AVIV).

2.3. Die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, welche im SECO geführt wird, überwacht die Entscheide der kantonalen Amtsstellen und verfügt bei Arbeitgeberkontrollen, während das Inkasso den Arbeitslosenkassen obliegt (Art. 83 Abs. 1 Bst. l und Art. 83 a Abs. 3 AVIG). Gemäss Art. 110 Abs. 4 AVIV prüfen die Ausgleichsstelle und die von ihr beauftragten Treuhandstellen stichprobenweise bei den Arbeitgebern die ausbezahlten Schlechtwetterentschädigungen.

3.
Die Beschwerdeführerin rügt in formeller Hinsicht eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Vorinstanz habe anlässlich der Betriebskontrolle nicht dargelegt, dass die gesamten ausgerichteten Schlechtwetterentschädigungen zurückgefordert würden, und die Rückerstattung der gesamten Summe sei ohne jede Vorwarnung verfügt worden. Die Vorinstanz habe zudem keine eigenen Sachverhaltsabklärungen vorgenommen und die Beschwerdeführerin nicht zu den angeblichen Ungereimtheiten Stellung nehmen lassen. Der angefochtene Entscheid sei auch ungenügend begründet. Die Vorinstanz hält demgegenüber fest, es habe auf das Gesuch um Akteneinsicht hin dem Anwalt der Beschwerdeführerin alle Unterlagen in Kopie zugestellt. Demnach habe die Beschwerdeführerin die Möglichkeit gehabt, zu den Ungereimtheiten und den weiteren Vorwürfen Stellung zu nehmen.

3.1. Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]; Art. 29 VwVG) dient einerseits der Sachverhaltsabklärung, andererseits stellt er ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar. Er beinhaltet eine ganze Reihe von Verfahrensgarantien, die in Art. 26 ff. VwVG konkretisiert sind. So umfasst der Anspruch auf rechtliches Gehör die Rechte der Parteien auf Teilnahme am Verfahren und auf Einflussnahme auf den Prozess der Entscheidfindung (vgl. BGE 126 V 130 E. 2b, BGE 120 IB 379 E. 3b, mit Hinweisen). Nach Art. 30 Abs. 1 VwVG hört die Behörde die Parteien an, bevor sie verfügt. Für Verfügungen, die – wie vorliegend – durch Einsprache anfechtbar sind, braucht sie die Parteien indessen nicht vorgängig anzuhören (Art. 30 Abs. 2 Bst. b VwVG). Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs wird nach ständiger Rechtsprechung auch die Pflicht der Behörden abgeleitet, ihre Verfügungen und Entscheide zu begründen. Die Begründung eines Entscheids muss dabei so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er als auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten lässt und auf welche sich ihr Entscheid stützt (vgl. Urteil B-7901/2007 des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. November 2008, E. 3.1; BGE 129 I 232 E. 3.2, mit Hinweisen).

3.2. Vorliegend hat sich die Beschwerdeführerin im Rahmen des Einspracheverfahrens zum Sachverhalt sowie den rechtlichen Würdigungen der Vorinstanz und den sich daraus ergebenden Konsequenzen eingehend äussern können. Des Weiteren findet sich bereits in der Revisionsverfügung vom 27. September 2007 eine Begründung für die vollumfängliche Aberkennung der zwischen 2003 und 2006 ausgerichteten Schlechtwetterentschädigungen. Die Vorinstanz führt aus, die Plausibilisierung der wetterbedingten Ausfallstunden sei anhand anderer betrieblicher Unterlagen nicht möglich, vielmehr gehe aus den Stundenblättern hervor, dass die Arbeitnehmer an den Tagen, für welche die Beschwerdeführerin wetterbedingte Ausfälle geltend gemacht habe, trotzdem gearbeitet oder aber wegen Krankheit oder Unfalls nicht gearbeitet hätten. Ebensowenig seien Überstundenguthaben der Arbeitsnehmer berücksichtigt worden, welche mit der Ausfallzeit hätten verrechnet werden müssen.

3.3. Die Vorinstanz ist damit ihrer Begründungspflicht in genügendem Masse nachgekommen. Sie war denn auch nicht verpflichtet, eine allfällige Rückforderung anlässlich der Arbeitgeberkontrolle ausdrücklich anzudrohen. Die Rückerstattung unrechtmässig bezogener Leistungen ergibt sich vielmehr bereits aus dem Gesetz (Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 ATSG).

3.4. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist auch nicht ersichtlich, welche zusätzlichen Sachverhaltsabklärungen die Vorinstanz hätte vornehmen sollen, nachdem es die relevanten Unterlagen von der Beschwerdeführerin erhalten hatte. Denn gemäss konstanter Praxis ist es nicht zulässig, einen fehlenden oder widersprüchlichen Arbeitszeitnachweis durch eine nachträgliche Befragung der betroffenen Arbeitnehmer zu ersetzen (vgl. ARV 1999 Nr. 34 E. 2a, sowie Urteile des EVG C 229/00 vom 30. Juli 2001 E. 1b und C 140/02 vom 8. Oktober 2002 E. 3.1 f.). Die Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist damit unbegründet.

4.

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt nicht richtig abgeklärt. Sie habe ihr Kontrollblätter eingereicht, welche aufzeigten, dass die Tage mit Arbeitsausfällen zufolge schlechten Wetters richtig deklariert worden seien. Die Beschwerdeführerin belegt dies mit der Erklärung, dass die Arbeitnehmer an den entsprechenden Tagen ins Lager gekommen und auf die

Baustellen eingeteilt worden seien, dort angekommen aber wegen schlechten Wetters nicht hätten arbeiten können (vgl. Vorakten Beilage 5, Felder violett unterlegt). In einzelnen Fällen (grün unterlegt) sei der betreffende Arbeiter an diesen Tagen tatsächlich krankheits- oder unfallbedingt arbeitsunfähig gewesen. Die Vorinstanz hält diesen Ausführungen der Beschwerdeführerin entgegen, aus den Kontrollblättern (Monatsrapporten) gehe klar hervor, dass an den Tagen, an denen Schlechtwetterentschädigung geltend gemacht worden sei, in Wahrheit trotzdem gearbeitet worden sei oder Ferien bezogen worden seien.

4.1. Diese in den Vorakten zusammengetragenen Aufstellungen über die Abweichungen, welche auch der Revisionsverfügung vom 27. September 2007 beigelegt sind, wurden der Beschwerdeführerin zusammen mit der Verfügung eröffnet. Sie zeigen die Abweichungen zu den von der Beschwerdeführerin eingereichten Formularen schlüssig und überzeugend auf. Damit trifft es nicht zu, dass die Vorinstanz den Sachverhalt ungenügend abgeklärt oder falsch erstellt hat. Vielmehr vermag die Beschwerdeführerin mit ihren allgemeinen, aber nicht den einzelnen Arbeitnehmern zuzuordnenden Ausführungen nicht darzulegen, dass die von ihr geltend gemachten wetterbedingten Arbeitsausfälle tatsächlich vorliegen. Sie ist indessen für diese Tatsachen beweispflichtig und trägt somit die Folgen der Beweislosigkeit.

4.2. Schliesslich ist anzuführen, dass aus den Einvernahmeprotokollen der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat und der in deren Auftrag von der Polizei durchgeführten Einvernahmen vom August und September 2008 die Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin ausgesagt haben, sie seien von R._____ zur Unterzeichnung dieser Formulare angehalten worden, ohne darüber in Kenntnis gesetzt worden zu sein, wozu diese Formulare dienten. Auf Nachfragen hin habe es geheissen, "Hier unterschreiben wegen schlechtem Wetter", oder "Du kommst deswegen nicht ins Gefängnis". Aufgrund des Drucks durch den Arbeitgeber hätten jeweils alle Arbeiter unterschrieben. An den geltend gemachten Tagen sei aber normal auf anderen Baustellen oder drinnen gearbeitet worden. Auch aus diesen Ausführungen geht eindeutig hervor, dass die Schlechtwetterentschädigungen zu Unrecht geltend gemacht worden und somit von der Vorinstanz zu Recht aberkannt worden sind.

5.

Die Rückerstattung von Leistungen und Beiträgen der Sozialversicherung richtet sich nach dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 2005 über den

Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1), dessen Bestimmungen auf die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung anwendbar sind, soweit das Arbeitslosenversicherungsgesetz nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht (Art. 1 Abs. 1 AVIG).

5.1. Gestützt auf Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten, es sei denn, die Leistungen wurden in gutem Glauben empfangen oder es liegt eine grosse Härte vor. Der Rückforderungsanspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem der Versicherer davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistungen. Wird der Rückerstattungsanspruch aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für welche das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht, so ist diese Frist massgebend (Abs. 2). Nach Lehre und Praxis handelt es sich bei dieser Frist – wie beim früher analog anwendbaren Art. 47 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10) – um eine Verwirkungsfrist, welche weder gehemmt, unterbrochen, wiederhergestellt noch erstreckt werden kann (vgl. BGE 111 V 135, E. 2c, 112 V 185; BORIS RUBIN, assurance-chomage, 2. Aufl., Zürich 2006, Ziff. 10.5.5.1; ATTILIO GADOLA, Verjährung und Verwirkung im öffentlichen Recht, AJP 1995, S. 7 ff. und 56, mit Hinweisen auf die Praxis des EVG; MAX IMBODEN/ RENÉ RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 34 B VII, mit Hinweis u.a. auf BGE 113 V 69; UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2009, N 44 zu Art. 25; ALFRED MAURER/GUSTAVO SCARTAZZINI/MARC HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, 3. Aufl., Basel 2009, Rz. 45; ULRICH MEYER-BLASER, Die Rückerstattung von Versicherungsleistungen, ZBJV 1995, S. 473 ff., 479 mit Hinweis auf BGe111 V 135, E. 2c).

5.2. Die Beschwerdeführerin hat die unrechtmässigen Schlechtwetterentschädigungen zwischen Januar 2003 und Februar 2006 bezogen. Damit sind seit deren Ausrichtung mehr als fünf Jahre vergangen, was bedeutet, dass der Rückforderungsanspruch in Anwendung von Art. 25 Abs. 2 ATSG verwirkt ist, es sei denn, es liege eine strafbare Handlung der Beschwerdeführerin vor, für welche das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht.

5.3. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur damals gültigen Fassung von Art. 47 Abs. 2 AHVG und Art. 82 Abs. 2 AHVV, welche vor Inkrafttreten des ATSG analog auf die Leistungsrückforderungen anderer Sozialversicherungszweige angewandt wurden, ist die Ratio legis von Art. 82 Abs. 2 AHVV die gleiche wie jene von Art. 60 Abs. 2 des Obligationenrechts vom 30. Januar 1911 ([OR; SR 220]; vgl. BGE 113 V 256). Gemäss Art. 60 Abs. 2 OR gilt die längere strafrechtliche Verjährungsfrist auch für die zivilen Ersatzansprüche aus einer strafbaren Handlung, wenn das Strafrecht eine längere Verjährung als die zivilrechtliche vorschreibt. Voraussetzung für eine Anwendung von Art. 60 Abs. 2 OR ist nicht eine Bestrafung des Täters, sondern die Strafbarkeit seiner Handlung. Sofern ein Strafverfahren gegen den Täter stattgefunden hat, ist das Zivilgericht an die Auslegung und Anwendung der Strafgesetze durch den Strafrichter gebunden. Dies gilt sowohl bei einer Verurteilung als auch bei einem Freispruch des Täters im Strafprozess sowie bei einer rechtskräftigen Einstellung des Verfahrens, z.B. wegen Fehlens der objektiven Strafbarkeit (vgl. Peter von Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 439 f., mit Hinweis auf BGE 101 II 321 ff.). Liegt indessen im Moment der gerichtlichen Beurteilung der zivilrechtlichen Forderung noch kein Strafurteil vor, hat das Zivilgericht selber vorfrageweise zu prüfen, ob eine strafbare Handlung gegeben ist (vgl. BGE 112 II 88). Gemäss Weiterentwicklung dieser Rechtsprechung (vgl. BGE 113 V 256) haben auch die AHV-Behörden bei Fehlen eines Strafurteils im Hinblick auf die Frage der anwendbaren Verjährungsfrist selber vorfrageweise zu prüfen, ob sich die Schadenersatzforderung aus einer strafbaren Handlung herleitet oder nicht. Voraussetzung für diese vorfrageweise Prüfung ist, dass aufgrund der Akten oder entsprechender Vorbringen der Verfahrensbeteiligten hinreichende Anhaltspunkte für das grundsätzliche Vorliegen einer strafbaren Handlung bestehen. Dies ist indessen nicht mit einer Bejahung der strafbaren Handlung gleichzusetzen. Denn im Rahmen einer vorfrageweisen Prüfung in einem sozialversicherungsrechtlichen Verfahren kann nicht ein eigentliches Strafverfahren durchgeführt werden.

5.4. Die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat ermittelte seit September 2007 auf Strafanzeigen des SECO und der Sozialversicherungsanstalt (SVA) Zürich hin gegen R._____ und seine Ehefrau A._____ wegen gewerbsmässigen Betrugs. Sie stellte das Strafverfahren gegen R._____ mit Verfügung vom 3. Oktober 2007 ein. Die SVA Zürich rekurrierte gegen diese Einstellungsverfügung am 8. November 2007. Am

6. März 2008 gab das Obergericht der Rekurrentin Recht und hob die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat auf.

5.5. Am 20. August 2008 liess die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat R._____ und A._____ in ihrer Firma vorläufig festnehmen. Die Kantonspolizei ermittelte daraufhin gegen die Beiden wegen Versicherungsbetrugs und Leasingdelikten und befragte in diesem Zusammenhang auch mehrere Angestellte der Beschwerdeführerin zu den geltend gemachten Schlechtwetterentschädigungen. Einen Teil der Einvernahmen überliess sie im September 2008 dem Bundesverwaltungsgericht. Bis zum heutigen Tag ist die Untersuchung nicht abgeschlossen. Das Bundesverwaltungsgericht hat trotz rechtshilfeweisen Ersuchens von der Staatsanwaltschaft keine weiteren Auskünfte und Akten aus dem Strafverfahren mehr erhalten (vgl. vorne D.f.).

5.6. Weil trotz drohender Verjährung bzw. Verwirkung des Rückzahlungsanspruchs noch immer kein Strafurteil vorliegt, hat das Bundesverwaltungsgericht somit nach der zitierten Rechtsprechung und Lehre selber vorfrageweise zu prüfen, ob eine strafbare Handlung der Beschwerdeführerin bzw. ihrer Organe vorliegt. Aufgrund der drohenden Verjährung bzw. Verwirkung wurde das sistierte Verfahren deswegen am 16. November 2010 wieder aufgenommen.

6.

Art. 107 AVIG bestimmt, dass, wenn das Vergehen oder die Übertretung im Geschäftsbetrieb einer juristischen Person begangen wird, die Bestimmungen von Art. 6 und 7 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VstrR; SR 313.0) gelten. Art. 6 Abs. 1 VStrR bestimmt im vorliegenden Fall, dass, wenn eine Widerhandlung beim Besorgen der Angelegenheiten einer juristischen Person oder sonst in Ausübung der geschäftlichen Verrichtungen begangen wird, die Strafbestimmungen auf diejenige natürliche Person anwendbar sind, welche die Tat verübt hat.

6.1. Das Bundesverwaltungsgericht verfügt nicht über die strafprozessrechtlichen Untersuchungsmittel und – wegen der fehlenden Rechtshilfe durch die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich – auch nicht über die vollständige Aktenlage, die für die Durchführung eines eigenen Strafverfahrens erforderlich wären. Dennoch ergeben sich aus den bei den Akten liegenden Einvernahmeprotokollen, welche der

Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren am 24. November 2010 zur schriftlichen Stellungnahme zugestellt worden sind (vgl. vorne D.e), hinreichende Hinweise darauf, dass der Straftatbestand des einfachen Betrugs gemäss Art. 146 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) erfüllt ist bzw. sein kann. Für diese Annahme sprechen namentlich die Aussagen der Angestellten der Beschwerdeführerin, wonach sie auf Druck von R._____ die Meldeformulare für die Schlechtwetterentschädigungen unterschrieben hätten, obwohl an diesen Tagen gleichwohl gearbeitet worden sei.

6.2. Der einfache Betrug gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB ist mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bedroht. Bei Gewerbsmässigkeit gemäss Abs. 2 droht eine Freiheitstrafe von bis zu zehn Jahren. Der einfache und der gewerbsmässige Betrug verjähren damit gestützt auf Art. 97 Abs. 1 Bst. b StGB nach 15 Jahren. Diese Frist ist somit in Anwendung von Art. 25 Abs. 2 ATSG auch die massgebende Frist für den Rückerstattungsanspruch für die zu Unrecht bezogenen Versicherungsleistungen.

6.3. Für den Fall, dass die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich keine Anklage wegen Betrugs erheben und das Verfahren einstellen oder das Strafgericht nach Durchführung des Strafverfahrens zum Schluss kommen sollte, es liege kein Betrug vor, wäre vorfrageweise zu prüfen, ob ein anderer strafrechtlicher Tatbestand erfüllt sein könnte, für welchen eine längere strafrechtliche Verjährungsfrist als die fünfjährige sozialversicherungsrechtliche Verjährungsfrist gemäss Art. 25 Abs. 1 ATSG gilt.

6.4. Wer u.a. durch unwahre oder unvollständige Angaben oder in anderer Weise für sich oder einen anderen zu Unrecht Versicherungsleistungen erwirkt, wird, sofern nicht ein mit einer höheren Strafe bedrohtes Verbrechen oder Vergehen des Strafgesetzbuchs vorliegt, mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bis zu Fr. 30'000.-- bestraft (Art. 105 AVIG). Wer die Auskunftspflicht verletzt, indem er wissentlich unwahre oder unvollständige Auskunft erteilt oder die Auskunft verweigert, seine Meldepflicht verletzt oder die vorgeschriebenen Formulare nicht oder nicht wahrheitsgetreu ausfüllt, wird, falls nicht ein Tatbestand nach Art. 105 AVIG vorliegt, mit Busse bis zu Fr. 5'000.-- bestraft (Art. 106 AVIG). Die Strafverfolgung verjährt gestützt auf Art. 97 Abs. 1 Bst. c StGB in sieben Jahren, wenn die Tat mit

einer anderen Strafe als mit einer Freiheitstrafe von mehr als drei Jahren bedroht ist.

6.5. Die vorfrageweise Prüfung ergibt, dass vorliegend der erstgenannte Tatbestand von Art. 105 AVIG klar erfüllt ist. Sollte der Tatbestand von Art. 146 StGB nach Auffassung eines Strafgerichts nicht erfüllt sein, betrüge die nach Art. 25 Abs. 2 ATSG anwendbare Verjährungsfrist damit sieben Jahre. In diesem Fall wären die im Januar und Februar 2003 zu Unrecht ausgerichteten Schlechtwetterentschädigungen verjährt und deren Rückforderung verwirkt. Der angefochtene Entscheid wäre in diesem Fall in dem Umfang zu korrigieren, als er die Rückforderung der Schlechtwetterentschädigungen für die Monate Januar und Februar 2003 verfügt hat.

6.6. Für das Bundesverwaltungsgericht ergeben sich indessen – wie in den Erwägungen 4 und 6.1 dargelegt – aus den Verfahrensakten und namentlich den dem Gericht vorliegenden Einvernahmeprotokollen hinreichende Anhaltspunkte darauf, dass der Betrugstatbestand gemäss Art. 146 Abs. 1 oder 2 StGB einschlägig ist und damit gestützt auf Art. 97 Abs. 1 Bst. b StGB die längere strafrechtliche Verjährungsfrist von 15 Jahren zur Anwendung kommt. Damit hat die Beschwerdeführerin – wie in der angefochtenen Verfügung festgelegt – alle zwischen Januar 2003 und Februar 2006 zu Unrecht bezogenen Versicherungsleistungen zurückzuerstatten.

7.
Der angefochtene Entscheid ist aus diesen Gründen zu bestätigen und die Beschwerdeführerin zu verpflichten, die zu Unrecht bezogenen Schlechtwetterentschädigungen im Gesamtbetrag von Fr. 863'473.55 innert 30 Tage seit Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten.

8.
Bei diesem Verfahrensausgang ist die Beschwerdeführerin kostenpflichtig. Sie hat die Gerichtsgebühr von Fr. 6'000.-- zu übernehmen, welche mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet wird (Art. 63 Abs. 1 und 4*bis* VwVG).

Da die Beschwerdeführerin unterliegt, hat sie keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, innert 30 Tage seit Rechtskraft dieses Urteils die zu Unrecht bezogenen Schlechtwetterentschädigungen im Betrag von Fr. 863'473.55 zurückzuerstatten.

3.
Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 6'000.-- festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

4.
Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

5.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde);
– die Vorinstanz (Gerichtsurkunde);
– Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich, Abteilung OK, Postfach, 8027 Zürich;
– UNIA Arbeitslosenkasse, Zentralverwaltung, Strassburgerstrasse 11, 8004 Zürich.

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Stephan Breitenmoser	Katharina Walder Salamin

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tage nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in

öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 10. Mai 2011